

IANUS

Diritto e Finanza



Rivista di studi giuridici

<https://www.rivistaianus.it>



ISSN: 1974-9805

n. 26 - dicembre 2022

LA NULLITÀ DELLA FIDEIUSSIONE
A VALLE DELL'INTESA *ANTITRUST*
NELL'INTERPRETAZIONE DELL'ABF

Salvatore Monticelli

LA NULLITÀ DELLA FIDEIUSSIONE A VALLE DELL'INTESA ANTITRUST NELL'INTERPRETAZIONE DELL'ABF[°]

Salvatore Monticelli

*Professore Ordinario di Diritto privato
Università degli Studi di Foggia*

La vexata quaestio della nullità della fideiussione omnibus a valle dell'intesa antitrust è stata oggetto di svariate pronunce dell'Arbitro bancario e finanziario nonché di una decisione del Collegio di coordinamento. La "giurisprudenza" dell'ABF ha anche affrontato questioni che attengono alla competenza, sotto vari profili, dell'Arbitro a dirimere le controversie in questione. Nello scritto si ripercorre l'iter argomentativo seguito nelle decisioni prese in esame nonché talune criticità che le connotano.

The vexed question of the nullity of the omnibus surety downstream of the antitrust agreement has been the subject of several rulings by the Banking and Financial Arbitrator as well as a decision by the Coordination Board. The "jurisprudence" of the ABF has also addressed issues pertaining to the competence, under various profiles, of the Arbitrator to settle the disputes in question. The paper retraces the argumentative process followed in the decisions taken in question as well as some critical issues that characterize them.

Sommario:

1. Considerazioni introduttive
2. Le questioni di competenza
3. La *vexata quaestio nullitatis* (totale o parziale) della fideiussione a valle dell'intesa restrittiva della concorrenza
4. I limiti alla declaratoria d'ufficio della nullità parziale della fideiussione *omnibus* a valle
5. La nullità delle clausole che riproducono lo schema ABI e l'integrazione del contratto

[°] Saggio sottoposto a *double-blind peer review*.

1. Considerazioni introduttive

L'Arbitro bancario è stato investito in più occasioni della tematica oggetto di questa mia relazione, ed a partire dal 2018 ad oggi si registrano sul tema circa una ventina di decisioni, riportate anche sul sito dell'ABF, nonché, in data 19.8.2020, la decisione n. 14555 del Collegio di Coordinamento.

Nella maggior parte di tali decisioni, unitamente alla questione principale concernente la nullità totale o, solo, parziale delle fideiussioni che riproducono lo schema ABI, segnatamente le clausole di reviviscenza (art. 2), di rinuncia ai termini (art. 6) e quella di sopravvivenza (art. 8), si affrontano ulteriori problematiche che attengono alla competenza, sotto vari profili, dell'Arbitro a dirimere le controversie in questione. A quanto consta, invece, la giurisprudenza dell'Arbitro, perlomeno fino ad oggi, non ha affrontato il tema dei profili risarcitori e restitutori consequenziali alla nullità totale o solo parziale delle fideiussioni omnibus a valle dell'intesa restrittiva e tantomeno la questione correlata della prescrizione delle azioni in questione.

Tralasciando per un momento di riferire sulla questione principale della natura e portata della nullità relativa alla fideiussione stipulata a valle dell'intesa restrittiva, anche con riferimento all'ulteriore tematica della riferibilità della *quaestio nullitatis* alle sole fideiussioni *omnibus* o a qualsivoglia fideiussione contenente le clausole innanzi citate, merita preliminarmente dare conto delle problematiche più precipuamente processuali e/o di rito di cui, con riferimento alla fattispecie in esame, si è occupato l'Arbitro, giacché esse costituiscono materia di eccezioni pregiudiziali sollevate dagli intermediari convenuti e, dunque, se fondate, ostantive ad un eventuale esame nel merito del ricorso.

2. Le questioni di competenza

Le questioni inerenti alla competenza dell'ABF si riferiscono essenzialmente a tre profili controversi:

a. Incompetenza funzionale dell'ABF.

È il primo aspetto controverso da prendere in considerazione, trattandosi di una questione relativa alla competenza funzionale dell'ABF, ed è relativo all'ammissibilità o meno del ricorso proposto innanzi all'Arbitro evidenziandosi dagli intermediari resistenti che la questione dell'accertamento della nullità non sarebbe da ricomprendersi nella competenza per materia dell'Arbitro. In particolare, si eccepisce che la domanda di accertamento della nullità della fideiussione *omnibus*, rilasciata a valle di un'intesa anticoncorrenziale, non potrebbe essere deliberata dall'ABF trattandosi di questione rimessa alla competenza esclusiva delle sezioni specializzate dei tribunali in materia di impresa. L'eccezione in parola è per lo più estesa anche alla domanda risarcitoria che usualmente si accompagna al ricorso.

Ebbene, la giurisprudenza dell'Arbitro, anche sulla scorta di una decisione del Collegio di coordinamento del 17.4.2020 n. 17014, è costante nel ritenere l'eccezione priva di fondamento: si legge, infatti, nelle varie pronunce, che, qualora il ricorrente

non chieda di accertare l'esistenza di un'intesa anticoncorrenziale, fatto peraltro nella fattispecie già accertato con provvedimento della Banca d'Italia n. 55 del 22 maggio 2005, bensì la conseguente nullità del contratto a valle di tale intesa illecita, la disposizione di cui all'art. 33, c. 2, l. n. 287 del 1990 (e successive modificazioni) - ai sensi della quale le sezioni specializzate in materia d'impresa sono esclusivamente competenti per «le azioni di nullità e di risarcimento del danno, nonché [per] i ricorsi intesi ad ottenere provvedimenti di urgenza in relazione alla violazione delle disposizioni di cui ai titoli dal I al IV - non è da ritenersi applicabile giacché tale competenza funzionale della Sezione Specializzata è circoscritta all'accertamento della nullità dell'intesa anticoncorrenziale e non anche delle domande di accertamento della nullità dei contratti stipulati “a valle” di un'intesa riconosciuta come illecita¹.

Invero, il problema potrebbe porsi con riferimento alla differente ipotesi in cui la fideiussione oggetto di impugnativa non sia una fideiussione *omnibus* bensì una fideiussione tradizionale a garanzia di un qualsiasi rapporto creditizio (es. scoperto di conto corrente, anticipazione bancaria etc.), ma che contenga clausole analoghe a quelle riportate nel modello ABI.

In tal caso, poiché il provvedimento della Banca d'Italia si riferisce espressamente ed unicamente alla fideiussione *omnibus*, il ricorrente, nel sottoporre al Collegio l'accertamento della nullità anche di una differente fideiussione che, pur contenendo clausole analoghe a quelle del modello ABI, non è coincidente con l'unica tipologia contrattuale oggetto del citato provvedimento, dovrebbe preliminarmente chiedere al Collegio di accertare se l'intesa restrittiva della concorrenza possa essere riferita anche alla fideiussione tradizionale.

In tal caso, per le ragioni uguali e contrarie a quelle sopra esposte a favore della sussistenza della competenza dell'ABF, quest'ultima andrebbe coerentemente esclusa giacché il Collegio sarebbe chiamato a pronunciarsi, preliminarmente ad ogni decisione riguardante il contratto a valle, in ordine all'accertamento della nullità dell'intesa anticoncorrenziale con riferimento ad una nuova fattispecie.

Va da sé che una tale pronuncia non può che rientrare nella competenza funzionale della Sezione specializzata in materia d'impresa che dovrebbe accertare la sussistenza, anche con riferimento a tale diversa fattispecie, di intese restrittive della concorrenza analoghe a quelle accertate dalla Banca d'Italia nel proprio provvedimento, con riferimento alla fideiussione *omnibus*.

Sulla base delle anzidette considerazioni, in una recente decisione del Collegio di Milano² ove la controversia riguardava una fideiussione con oggetto specifico (rilasciata a garanzia del debito derivante dall'apertura del credito a revoca), come tale estranea alla potenziale invalidità per violazione della disciplina *antitrust*, si rimarca che vada condiviso l'orientamento espresso dalla Cassazione³ in base al quale

¹ In tal senso oltre la decisione del Collegio di coordinamento citata nel testo, anche Collegio Roma, 29 aprile 2021, n. 11178; Collegio Bologna, 10 marzo 2021, n. 6543 e n. 6541; Collegio Milano, 4 luglio 2019, n. 16588.

² Collegio Milano, 15 febbraio 2022, n. 2837.

³ Cass., 20 maggio 2020, n. 9253, in Guida dir., 2020, 38, 59.

l'accertamento della sussistenza di un'intesa limitativa della concorrenza e della consequenziale nullità del contratto a valle attuativo di tale intesa non può essere automaticamente trasposto a fattispecie diverse da quelle considerate nell'intesa in questione.

b. Incompetenza per valore dell'ABF.

La seconda questione di rito spesso sollevata attiene alla incompetenza per valore dell'ABF nell'ipotesi in cui la somma cui il ricorrente avrebbe diritto, a titolo di ripetizione dell'indebitato laddove abbia adempiuto al pagamento dell'importo per il quale è stata rilasciata la fideiussione, a seguito dell'accertamento della nullità di essa, sia superiore ad € 100.000,00.

In tale ipotesi l'orientamento costante dei Collegi dell'ABF, a seguito della decisione n. 3169 del 2014 del Collegio di Coordinamento, è nel senso di ritenere inammissibili domande che, pur essendo formalmente formulate in termini di mero accertamento, in caso di accoglimento, comporterebbero il diritto del ricorrente a ottenere una somma superiore a 100.000,00 euro⁴. Merita segnalare che, a partire dal 2020, la competenza dell'ABF è stata elevata a 200.000,00 euro.

c. Incompetenza temporale dell'ABF.

Infine, ulteriore questione involgente la competenza dell'Arbitro è quella che si pone per l'accertamento della nullità, totale o parziale, di fideiussioni *omnibus* stipulate prima del 2009 e contenenti le clausole oggetto del rilievo della Banca d'Italia. Al riguardo, secondo l'orientamento costante dei Collegi, si rileva, in generale, che la competenza dell'Arbitro bancario e finanziario deve essere negata in relazione a controversie che riguardano comportamenti o operazioni dell'intermediario risalenti a epoca antecedente alla data del 1° gennaio 2009, posta dal § 4, Sez. 1 delle Disposizioni regolamentari emanate dalla Banca d'Italia il 12.11.2011 (come successivamente modificate) quale termine iniziale della competenza temporale dell'ABF e questo «a prescindere dal momento di verifica o percepibilità» del pregiudizio che possa esserne derivato al cliente⁵.

Sulla base di tale principio correttamente si precisa, con riferimento a fattispecie negoziali sorte anteriormente alla data del 1° gennaio 2009 ma ancora produttive di effetti, la necessità di guardare al *petitum* del ricorso, al fine di verificare se esso sottopone al giudizio dell'Arbitro un vizio genetico del rapporto, oppure una controversia che riguarda gli effetti del negozio giuridico prodottisi dopo il 1° gennaio 2009. Mentre nel primo caso non sussisterà la competenza dell'ABF, nella seconda ipotesi essa dovrà ritenersi invece sussistente⁶.

E perciò, venendo all'ipotesi che qui interessa, poiché la domanda che, nella fattispecie, si propone all'Arbitro è indubitalmente inerente all'accertamento di un vizio genetico del contratto - nullità totale o di singole clausole - del contratto di

⁴ In termini, tra le altre, Collegio Bologna, 25 luglio 2019, n. 18418.

⁵ In questi termini, *ex multis*, Collegio Bologna, 25 luglio 2019, n. 18418; Collegio Palermo, decisione n. 14 maggio 2018, n. 10364.

⁶ Cfr., *ex multis*, Collegio Milano, 26 aprile 2017, n. 4378; Collegio di Coordinamento, 10 gennaio 2014, n. 72.

fideiussione *omnibus*, ne consegue che, laddove ricorra una fideiussione *omnibus* connotata dalla presenza delle clausole in questione, stipulata anteriormente al limite di competenza territoriale dei Collegi dell'ABF, questi ultimi dovranno ritenersi incompetenti, in osservanza della normativa sopra citata⁷.

Tale profilo d'incompetenza dei Collegi è particolarmente rilevante se si considera che una delle questioni maggiormente controverse, relativamente al tema che qui ci occupa, riguarda i contratti di fideiussione stipulati in epoca antecedente a quella di emissione del provvedimento della Banca d'Italia n. 55 del 2 maggio 2005 con il quale l'Autorità di vigilanza dichiarò in contrasto con l'art. 2, c. 2, lett. a) della l. 287/90 le clausole accessorie di cui innanzi.

Com'è noto sul punto si è espressa la Cassazione con ordinanza n. 29810 del 12 dicembre 2017⁸, ed ha affermato che l'art. 2, c. 2, lett. a) della l. n. 287 del 1990, nel dichiarare la nullità delle intese vietate, prende in considerazione non solo il negozio giuridico posto all'origine della violazione, ma tutta la serie dei fatti distorsivi della concorrenza, anche successivi a quel negozio. Ne deriva che la nullità si riferisce anche ai contratti "a valle", segnatamente le fideiussioni *omnibus* in questione, pure se queste siano state stipulate *prima* che l'intesa fosse accertata dall'autorità amministrativa preposta alla vigilanza del mercato concorrenziale, *a condizione che essa si sia realizzata in un momento precedente al negozio denunciato come nullo*⁹.

È noto che detta decisione che, com'era prevedibile, è stata la miccia di un rilevante contenzioso, non è stata accolta supinamente dalla successiva giurisprudenza di merito e di legittimità che, esprimendo un diverso orientamento, a parere di chi scrive, più aderente al dato positivo oltre che rispondente ai criteri di ragionevolezza e proporzionalità che dovrebbero connotare le decisioni giudiziali specie nell'applicazione di rimedi demolitori, ha ritenuto le fideiussioni in questione affette da sola nullità parziale che coinvolgerebbe unicamente le c.d. "clausole anticoncorrenziali"¹⁰, con salvezza del contratto per il resto.

⁷ Collegio Bologna, 16 febbraio 2021, n. 3873; 23 marzo 2021, n. 7911.

⁸ Cass., sez. I, 12 dicembre 2017, n. 29810, in *Foro it.*, 2018, 1, 152; Cass., sez. I, 22 maggio 2019, n. 13846, in *Corr. giur.*, 2020, 460 ss., con nota di RUGGIERI, *La Corte di cassazione e la "prova privilegiata" della condotta anticoncorrenziale: accanto alle vecchie, nuove incertezze*.

⁹ Si riporta il passaggio argomentativo della Cassazione, cit.: «In tema di accertamento dell'esistenza di intese anticoncorrenziali, vietate dall'art. 2 della L. 10 ottobre 1990, n. 287, la stipulazione "a valle" di contratti o negozi che costituiscano l'applicazione di quelle intese illecite concluse "a monte", comprendono anche i contratti stipulati anteriormente all'accertamento dell'intesa da parte dell'Autorità indipendente preposta alla regolazione o al controllo di quel mercato, a condizione che quell'intesa sia stata posta in essere materialmente prima del negozio denunciato come nullo, considerato anche che rientrano sotto quella disciplina anticoncorrenziale tutte le vicende successive del rapporto che costituiscano la realizzazione di profili di distorsione della concorrenza».

¹⁰ Cfr. Cass., sez. I, 26 settembre 2019, n. 24044, in *Il caso.it*, 2019, ove si legge: «Le clausole frutto di intese illecite, favorevoli alla banca, che non incidono sulla struttura e sulla causa del contratto, ovvero non pregiudicano gli interessi in gioco, non possono che comportare una declaratoria di nullità parziale relativa alle dette clausole e giammai una nullità in toto dell'intero contratto. La tutela della posizione dei garanti è solo in ragione della declaratoria di nullità parziale e del risarcimento del danno»; Trib. Ancona, 17 dicembre 2018, n. 1993, in *Pluris*; Trib. Roma, 3 maggio 2019, n. 9354, *ivi*.

3. La *vexata quaestio nullitatis* (totale o parziale) della fideiussione a valle dell'intesa restrittiva della concorrenza

È proprio sulla scia di tali ultime considerazioni che si sposta il *focus* ed il fulcro di questa relazione nella considerazione che la giurisprudenza dell'ABF, ben prima dell'ordinanza delle Sezioni Unite del 30 dicembre 2021 n. 41994¹¹, ha affrontato il tema delle ripercussioni sul contratto fideiussorio concluso a valle dell'intesa censurata dalla Banca d'Italia, anticipando, in buona parte, quelle conclusioni che solo da poco sono state condivise dalle Sezioni Unite.

Ed infatti, con la nota decisione del collegio di coordinamento n. 14555 del 19 agosto 2020, l'ABF, pur dando per acquisito che la illiceità dell'intesa si comunichi al contratto a valle, del che, per quanto si dirà brevemente innanzi, si dubita, nel contempo decisamente esclude la nullità totale di esso evidenziando che, nel dettato dell'art. 1419, c. 1, c.c., il riferimento a ciò che le parti avrebbero voluto non è il riferimento a un dato reale ma solo ad una congettura, che sfugge a ogni obiettivo accertamento, e dalla quale non può quindi dipendere la validità o invalidità del contratto. Ai sensi dell'art. 12 disp. prel. c.c., l'art. 1419 c.c. deve essere piuttosto interpretato teleologicamente, ossia in considerazione della sua ragione giustificativa, che è quella di conservare il contratto salvo che la modifica del contenuto sia tale da non giustificarne oggettivamente il mantenimento. Ciò che si richiede è quindi una valutazione di compatibilità della modifica del contratto con la causa concreta di esso, dovendosi in definitiva accertare se la modifica abbia o no importanza determinante tenuto conto dell'interesse delle parti. Il criterio coincide, così, con quello previsto dall'art. 1420 c.c. per la nullità parziale in senso soggettivo. In altri termini, si deve ritenere che, qualora la nullità parziale del contratto "a valle" riguardi clausole accessorie, esso resti valido per il resto; qualora invece tale nullità riguardi clausole essenziali, esso sia integralmente nullo, a meno che non siano previsti dalla legge strumenti per integrare la sua lacuna (ad es., secondo quanto prevede l'art. 1474 c.c. a proposito della vendita, ovvero l'art. 117, ult. comma, t.u.b. a proposito dei contratti bancari). A tali fini, le clausole contrattuali sono qualificabili come "accessorie" quando, ove esse non fossero state apposte al contratto, quest'ultimo avrebbe comunque avuto un oggetto determinato (o almeno determinabile), ai sensi degli artt. 1346 ss. c.c.". Giungendo alla conclusione che in base a tale criterio le clausole in questione «siano da qualificarsi come "accessorie", cosicché la loro nullità non si estende al resto del contratto», per la piana constatazione che la mancata apposizione delle stesse al contratto non avrebbe in alcun modo inciso sull'oggetto che, comunque, sarebbe determinato o determinabile ai sensi degli artt. 1346 e ss. c.c.

Ebbene, a prescindere dalle obiezioni di cui si farà cenno appresso, circa la discutibile consequenzialità logico-giuridica della nullità del contratto a valle rispetto all'intesa vietata, è invero difficile non condividere appieno gli argomenti portati dal Collegio di coordinamento a sostegno della decisione menzionata, quanto alla nullità

¹¹ Cass., Sez. Un., 30 dicembre 2021, n. 41994, in *Resp. civ. e prev.*, 2022, 821.

solo parziale e non certo totale delle fideiussioni *omnibus* in oggetto.

Ed infatti, va considerato: a) che le clausole in questione sono senz'altro da considerarsi come "accessorie" giacché, ove esse non fossero state apposte al contratto, quest'ultimo avrebbe comunque avuto un oggetto determinato (o almeno determinabile); b) che la rimozione delle predette clausole nulle non incide sulla perdurante utilità del contratto di fideiussione; c) che, pertanto, la fideiussione in questione, deprivata delle clausole nulle, conserva gli elementi strutturali e funzionali che lo connotano; d) che anche a voler guardare alla volontà ipotetica delle parti, adottando così un criterio soggettivo di valutazione, si è efficacemente osservato¹² che è agevole presumere che se il fideiussore «ha concluso il contratto con clausole a lui sfavorevoli, a maggior ragione avrebbe concluso quello stesso contratto depurato di dette clausole, essendo per il resto interessato a fornire la garanzia al fine di propiziare la concessione del finanziamento al debitore principale».

Parimenti guardando alla c.d. volontà ipotetica della banca non può che convenirsi con chi ritiene¹³ che sebbene sia difficile dubitare che la banca avrebbe preferito avere una garanzia più forte a sostegno del finanziamento erogato, ciò nondimeno «avrebbe concluso il contratto di fideiussione anche senza le clausole in questione, rimanendo integra per essa la sostanziale funzione di garanzia dell'adempimento dell'obbligazione del debitore principale assicurata dagli altri obblighi assunti dal fideiussore (cfr. artt. 1, 3, 4, 7 e 10 dello schema ABI), integrati dalla disciplina codicistica della fideiussione».

D'altra parte non è un caso che nel provvedimento della Banca d'Italia, in funzione di Autorità Garante, siano state considerate illecite le sole tre clausole innanzi richiamate non già l'intero modello negoziale suggerito dall'ABI.

Ed allora, nella considerazione di tutto quanto sopra, la nullità totale della fideiussione, nella fattispecie in questione, appare, a parere di chi scrive, una conseguenza irragionevole ed abnorme¹⁴, il che non è sfuggito anche a taluna recente giurisprudenza di merito che, molto efficacemente, anticipando l'arresto delle Sezioni Unite, ed applicando con correttezza i criteri della proporzionalità del rimedio e della ragionevolezza nell'interpretazione dell'art. 1419, c. 2, c.c., con riferimento alla fattispecie di che trattasi, ha sottolineato che «*la soluzione della nullità generale del singolo contratto di fideiussione sarebbe viziata da illogicità, risultando una sanzione non proporzionata rispetto al contenuto decisionale dei provvedimenti 14251 dell'AGCM e n. 55 del 2.5.2005 di Banca d'Italia, posto che si sanzionerebbe in modo maggiormente grave il contratto 'a valle' tra il consumatore e la banca (nullità totale) dell'intesa 'a monte' tra le banche*»¹⁵.

¹² STELLA, *Fideiussioni omnibus conformi allo schema ABI*, in *Jus civile*, 2020, 286 ss.

¹³ STELLA, *Fideiussioni omnibus conformi allo schema ABI*, cit., 288.

¹⁴ Sul punto cfr., anche, le condivisibili considerazioni di RENNA, *La fideiussione omnibus oltre l'intesa anti-trust*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 572 e ss. e, specificamente, 599 e ss.

¹⁵ Trib. Pavia, 5 febbraio 2020, n. 184, in *Banca dati Pluris* 2020.

4. I limiti alla declaratoria d'ufficio della nullità parziale della fideiussione *omnibus a valle*

Nonostante si condivida che nella fattispecie possa configurarsi la sola parzialità del rimedio demolitorio come individuato dalla Sezioni Unite ed in precedenza dall'ABF, tuttavia ciò che continua a lasciare perplessi è proprio il processo argomentativo e logico posto a sostegno della dichiarata nullità, totale o parziale che sia, del contratto a valle dell'intesa anticoncorrenziale come ribadito dalle Sezioni Unite e, in sostanza, dato quasi come scontato dalla citata pronuncia del Collegio di coordinamento.

Sul punto merita spendere qualche succinta considerazione che prende spunto dalle critiche provenienti non solo da parte della dottrina ma anche da taluna giurisprudenza di merito come di legittimità che escludono l'effetto dirimente della nullità (totale o parziale) del contratto a valle ritenendo che l'unica tutela concessa al soggetto rimasto estraneo all'intesa anti-concorrenziale, che abbia allegato e dimostrato un pregiudizio ad essa conseguente, possa essere esclusivamente quella risarcitoria¹⁶.

Conclusione, quest'ultima, peraltro, ripresa e condivisa dalla Procura Generale della Corte di Cassazione che, proprio in riferimento al giudizio pendente presso le Sezioni Unite, aveva depositato le proprie conclusioni e aveva auspicato che le Sezioni Unite enunciassero il seguente principio di diritto: «dalla declaratoria di nullità di una intesa tra imprese per lesione della libera concorrenza, nella specie per effetto del provvedimento n. 55 del 2005 della Banca d'Italia, non deriva la nullità (a catena) di tutti i contratti di fideiussione posti in essere dalle imprese aderenti all'intesa, né la nullità (derivata) delle singole clausole sanzionate: *i contratti a valle mantengono inalterata la loro validità e possono dare luogo alla specifica azione di risarcimento dei danni da parte dei fideiussori nei confronti degli istituti di credito - previo accertamento incidentale della nullità dell'intesa ed a condizione che sia fornita la prova di un possibile danno derivante dalle condizioni contrattuali deteriori che il fideiussore non avrebbe accettato in mancanza della intesa*»¹⁷.

A sostegno dei forti dubbi che si nutrono circa la correttezza delle argomentazioni addotte a sostegno della natura derivata della nullità del contratto a valle, in quanto

¹⁶ Cass., sez. I, 26 settembre 2019, n. 24044, in *Riv. dir. industriale*, 2020, II, 103; così Trib. Treviso, 26 luglio 2018 e Trib. Treviso, 30 luglio 2018; Trib. Verona, 27 settembre 2018 e Trib. Verona, 1 ottobre 2018; Trib. Bergamo, 25 giugno 2019; Trib. Napoli, 17 ottobre 2019; Trib. Sondrio, 10 dicembre 2019; Trib. Velletri, 20 gennaio 2020; Trib. Busto Arsizio, 26 maggio 2020; Trib. Bergamo, 14 luglio 2021. Per la dottrina, tra gli altri, RENNA, *La fidejussione omnibus oltre l'intesa antitrust*, cit., 599.

¹⁷ La stessa giurisprudenza della Suprema Corte (Cass., sez. III, 11 giugno 2003, n. 9384, in *Giust. civ.*, 2004, I, 2755) aveva, d'altra parte, sancito che «dalla declaratoria di nullità di una intesa tra imprese per lesione della libera concorrenza, emessa dall'Autorità antitrust ai sensi dell'art. 2 l. n. 287 del 1990, non discende automaticamente la nullità di tutti i contratti posti in essere dalle imprese aderenti all'intesa, i quali mantengono la loro validità e possono dar luogo solo ad azione di risarcimento danni nei confronti delle imprese da parte dei clienti» (Analogamente: Cass., sez. I, 9 dicembre 2002, n. 17475, in *Riv. dir. comm.*, 2003, II, 325; T.A.R. Lazio, sez. I, 10 marzo 2003, n. 1790, in *Foro amm. T.A.R.*, 2003, 906 ss.; Trib. Torino, 16 ottobre 1997, in *Banca borsa tit. cred.*, 2001, II, 87).

sbocco dell'intesa anticoncorrenziale vietata, si rileva quanto segue: anzitutto appare non sostenibile la tesi della nullità del contratto "a valle" per violazione di norma imperativa ex art. 1418 co.1 cc.; infatti, affinché possa affermarsi la nullità negoziale per violazione di norme poste a presidio di interessi generali, e, perciò, inderogabili dall'autonomia privata, è necessario che dette norme disciplinino direttamente elementi intrinseci alla fattispecie negoziale o che quantomeno vietino direttamente una determinata negoziazione.

Ebbene, se si condivide quanto innanzi è agevole rilevare che la proibizione dettata dalla Legge *Antitrust* non condanna in maniera diretta il contenuto degli atti negoziali "a valle", bensì condanna esclusivamente un comportamento che si pone a monte di questi atti. Coerentemente, la sanzione della nullità prevista dall'art. 33 L. 287/90, riguarda esclusivamente le intese restrittive tra imprese, mentre nulla dice riguardo ai contratti che, sulla base di dette intese, siano stati conclusi con terzi. Di conseguenza estendere a questi ultimi l'effetto demolitorio della nullità equivale a creare, in via interpretativa, *ope iudicis*, una norma proibitiva/imperativa non scritta che estenda ai contratti a valle un divieto espresso esplicitamente solo nei confronti delle "intese" a monte di essi, con buona pace della certezza del diritto e dei principi generali del nostro ordinamento che pongono la nullità negoziale quale eccezionale rimedio all'esercizio dell'autonomia privata.

Né vale a superare le considerazioni critiche fin qui sviluppate l'argomentazione ricorrente secondo cui nella fattispecie sarebbe configurabile una *ipotesi di c.d. nullità derivata, in quanto il contratto finale tra imprenditore ed utente, costituirebbe il compimento il cd. sbocco dell'intesa anti-competitiva tra imprenditori, rappresentandone la sua realizzazione finale, sul presupposto di uno strettissimo collegamento tra l'intesa restrittiva a monte ed il contratto a valle.*

Orbene sul punto è agevole replicare che, ai fini della configurabilità di un collegamento negoziale in senso tecnico debbono ricorrere sia il requisito oggettivo (costituito dal nesso teleologico tra i negozi), sia il requisito soggettivo (costituito dal comune intento delle parti di volere il coordinamento tra i negozi, per la realizzazione di un fine ulteriore). Dunque, è necessaria l'identità soggettiva tra le parti dei due accordi, oppure è necessaria la consapevole adesione del contraente del contratto dipendente all'accordo che lo pregiudicherebbe (rispetto al quale egli è terzo). In assenza dei descritti elementi, un contratto che presenti i requisiti di validità previsti dalla Legge e non persegua in sé una causa illecita, non può ritenersi invalido, soltanto in dipendenza dell'invalidità di un rapporto giuridico diverso ed intercorso tra terzi, che integra una *res inter alios acta*.

Come opportunamente rilevato in un recente arresto giurisprudenziale sul tema¹⁸, sebbene antecedente alla decisione delle Sezioni Unite, «*I contratti tra la singola impresa ed il cliente derivano dall'autonomia privata dei contraenti. In altri termini, la circostanza che l'impresa collusa uniformi le manifestazioni della propria autonomia privata al programma anti-concorrenziale, non è sufficiente per privare il*

¹⁸ App. Napoli, 13 gennaio 2020, n. 92, in *Ex Parte Creditoris*.

successivo contratto a valle di una autonoma ragione pratica. In definitiva, anche volendo ammettere che l'istituto di credito persegua, con la contrattazione individuale, il fine ultimo (anti-concorrenziale) di alterare a suo favore il mercato o di ottenere un extra-profitto, l'altro contraente stipula il contratto per soddisfare un proprio interesse, che si esaurisce nel fine tipico dell'operazione posta in essere».

È proprio in ragione dei riferiti passaggi argomentativi che da un lato si coglie il salto logico e la debolezza che, a parere di chi scrive, connota la tesi della cd. nullità derivata, dall'altro trova conferma l'opportunità di delineare un possibile diverso percorso logico per giungere comunque alla nullità delle clausole in questione relativamente al contratto a valle, ma sulla base di un'argomentazione che, a parere di chi scrive, è più stringente e, soprattutto, appare più rispondente al dato positivo ed al rigore dei principi del nostro sistema giuridico.

Ebbene, le clausole oggetto del modello ABI applicate alle fideiussioni *omnibus* stipulate per così dire a valle dell'intesa sono tutte in deroga a norme dispositive. Il testo delle predette fideiussioni è ovviamente predisposto dalle banche ed imposto ai sottoscrittori/fideiussori a garanzia di un finanziamento erogato nei confronti di un soggetto/ente.

Come si è avuto occasione più volte di ribadire¹⁹, non ogni deroga alla norma dispositiva può dirsi legittima, specie laddove, come nella fattispecie, il testo negoziale sia frutto di imposizione al contraente da parte del predisponente. Ed infatti, il diritto dispositivo, sebbene non veicoli in se stesso ragioni di ordine pubblico, risponde, tuttavia, spesso a scelte precise del legislatore sui criteri di opportunità, efficienza e giustizia nella distribuzione dei rischi e dei poteri nei contratti²⁰.

Criteri ai quali non sarà legittimo derogare, specie nelle condizioni generali di contratto ed in presenza di una asimmetria di potere negoziale tra le parti, laddove la deroga imposta dal predisponente, ben lungi dal rispondere ad una maggiore razionalizzazione dell'attività contrattuale, od a ragioni obiettive, abbia, quale solo fine, quello di alterare ingiustificatamente l'equilibrio del contratto a vantaggio esclusivo di tale contraente, esprimendo così, di per sé, da un lato, una lesione della altrui libertà contrattuale, dall'altro un abuso della autonomia privata.

Nella ricorrenza di tali ipotesi, infatti, il giudizio sulla convenienza/sconvenienza del contratto, è solo in teoria di spettanza delle parti, in realtà esso è negato al non predisponente specie laddove il bene e/o il servizio oggetto del contratto non può essere da questi acquisito sul mercato con apprezzabili offerte alternative, in termini di disciplina del rapporto negoziale.

E, così, appare invero irrealistico e non conforme ai principi generali del nostro sistema giuridico sostenere l'insindacabilità da parte del giudice del contenuto del

¹⁹ Per maggiori approfondimenti si rinvia a MONTICELLI, *Il ruolo ambivalente della norma dispositiva nel contratto*, in *Nuovo dir. civ.*, 2021, 5 ss.

²⁰ Sul punto, analogamente, le approfondite considerazioni di CALVO, *Il negozio giuridico. Saggi*, Bari, 2022, 106 ss., ma cfr., anche, DELFINI, *Norme dispositive e determinazione del contenuto del contratto*, in MANTUCCI - PERLINGIERI - D'AMBROSIO (a cura di), *Dibattito sulle ricerche della dottrina civilistica nel biennio 2017- 2018*, Napoli, 2021, 895 ss.

contratto sulla base della considerazione, elevata quasi a postulato, che essendosi le parti accordate per derogare al diritto dispositivo, il giudizio circa la convenienza o meno del contratto «rimane, ..., di spettanza pressoché esclusiva delle parti e ciò implica che il giudice di fronte a diritti disponibili deve rimanere imparziale»²¹.

È evidente, infatti, che una tale conclusione sarebbe forse accettabile solo se la parte non predisponente fosse addivenuta liberamente, cioè non indotta da una necessità, alla conclusione del contratto e solo se possa trovare sul mercato offerte differenziate non solo sotto il profilo economico (che, invero, non appare il più rilevante) bensì sotto il profilo della regolamentazione del contratto. Ove ciò sia negato, come è avvenuto per le fideiussioni *omnibus* di che trattasi, non v'è alcuna libera determinazione del non predisponente bensì si assiste ad un palese abuso dell'autonomia contrattuale da parte del predisponente, al quale, come si è giustamente affermato, «il giudice è chiamato a porre rimedio»²².

Se si condivide quanto sopra e si applicano tali considerazioni alla fattispecie in questione sembra potersi linearmente dedurre la nullità delle clausole contenute nel modello ABI ma non già perché sbocco dell'intesa anticoncorrenziale ma perché esse, in ragione di quell'intesa che non consente offerte differenziate sul mercato, si risolvono in un esercizio abusivo dell'autonomia negoziale.

L'adozione delle clausole conformi al modello ABI rappresenta, dunque, una deroga, da parte della banca predisponente, al diritto dispositivo²³: deroga contraria ai canoni di buona fede, quale specificazione degli inderogabili doveri di solidarietà sociale, imposti dall'art. 2 della Carta Costituzionale, imposta al fideiussore dalla banca al solo fine di alterare ingiustificatamente l'equilibrio del contratto a proprio vantaggio esclusivo.

In ragione di ciò dette clausole contrattuali devono considerarsi nulle perché direttamente confliggenti con le predette norme, espressioni di principi generali dell'ordinamento, e, quindi, con l'art. 1322, c. 1, c.c.

4. Ulteriore questione affrontata dai Collegi e rinveniente dalla ritenuta nullità parziale dei contratti di fideiussione *omnibus* in questione, concerne l'ammissibilità o meno di una declaratoria di ufficio di nullità parziale nell'ipotesi in cui il ricorrente abbia chiesto sia accertata la nullità totale della fideiussione.

La questione, com'è noto, non è nuova ed ha impegnato dottrina e giurisprudenza in un lungo ed acceso confronto giacché potrebbe prospettarsi nella fattispecie un vizio della decisione per ultrapetizione, sussistendo una difformità tra il chiesto ed il pronunciato (art. 112 c.p.c.), in violazione del principio della domanda (art. 99 c.p.c.). La questione è stata affrontata, a quanto consta, in una sola decisione dell'Arbitro²⁴ che, invero, troppo sbrigativamente, liquida l'eccezione, sollevata dall'intermediario

²¹ MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2012, 251.

²² AMADIO, *Il terzo contratto, il problema*, in GITTI - VILLA (a cura di), *Il terzo contratto, L'abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese*, Bologna, 2008, 16.

²³ Sul punto vedi, però, in senso contrario RENNA, *La fidejussione omnibus oltre l'intesa antitrust*, cit., 602.

²⁴ Collegio Roma, 29 aprile 2021, n. 11178.

resistente, affermando che «il disposto dell'art. 1421 c.c. - e, segnatamente, il potere del giudice di rilevare d'ufficio la nullità - esclude il preteso vizio di ultrapetizione».

In realtà, come evidenziato dal sottoscritto già in un risalente scritto pubblicato nel 1995²⁵, il problema in questione è sopravvalutato e può essere agevolmente risolto contemperando esigenze di diritto sostanziale con il pieno rispetto delle regole processuali sopra citate, la cui finalità è essenzialmente quella, pregnante del nostro sistema processuale, di assicurare nel processo il rispetto del contraddittorio e del diritto di difesa. Finalità effettivamente messa in discussione ogni qual volta il giudice, nell'esercizio dei poteri officiosi, emetta una sentenza cd "a sorpresa", senza avere preventivamente al *decisum* sollecitato sulla *quaestio nullitatis* il dibattito delle parti. E ciò ben potrebbe verificarsi non solo nell'ipotesi in cui la declaratoria di nullità del contratto sia pronunciata d'ufficio a fronte di una domanda di risoluzione o di annullamento o di rescissione di quel contratto, ma, altresì, nel caso in cui alla domanda di nullità totale faccia seguito una declaratoria di nullità parziale. Appare innegabile, infatti, che, anche in tal caso, vi è una diversità tra il chiesto ed il pronunciato ed il giudice finisca per operare una sostituzione non richiesta, decidendo su una questione che differisce da quella oggetto della domanda proposta per il *petitum* e la causa *petendi*. Se nel 1995 il sottoscritto richiamava, a soluzione del problema, la necessità dell'applicazione da parte del giudice dell'art. 183, c. 2, c.p.c., nell'allora vigente formulazione, evidenziando, alla stregua della citata norma del codice di rito, la sussistenza di un potere-dovere del giudice di stimolare il dibattito sulle questioni pregiudiziali sollevate d'ufficio, oggi, come evidenziato anche dalle Sezioni Unite nella nota decisione n. 14828 del 2012, le modifiche apportate all' art. 101 c.p.c. dalla l. n. 69 del 2009 consente di spazzare via le perplessità in tema di extrapetizione. Ed infatti, l'art. 101, cit., impone al giudice che si sia riservato la decisione, e che ritenga di porre a fondamento di quest'ultima una questione rilevata d'ufficio, di assegnare alle parti un termine per memorie contenenti osservazioni sull'argomento. In questo senso, d'altra parte, si sono correttamente espresse le SS.UU., proprio con riferimento alla fattispecie che qui ci occupa, allorché condivisibilmente sanciscono che a presidio del principio processuale della domanda «il giudice innanzi al quale sia stata proposta domanda di nullità integrale del contratto deve rilevarne di ufficio la sua nullità solo parziale. E tuttavia, qualora le parti, all'esito dell'indicazione officiosa, omettano un'espressa istanza di accertamento in tal senso, deve rigettare l'originaria pretesa non potendo inammissibilmente sovrapporsi alla loro valutazione ed alle loro determinazioni espresse nel processo»²⁶.

C'è da chiedersi se le predette considerazioni possono appieno riproporsi nel cd. "giudizio" innanzi all'Arbitro bancario e finanziario, considerate le peculiarità che lo connotano.

²⁵ MONTICELLI, *Contratto nullo e fattispecie giuridica*, Padova, 1995, 238 ss.; ID., *Limiti sostanziali e processuali al potere del giudicante ex art. 1421 c.c. e le nullità contrattuali*, in *Giust. civ.*, 2003, II, 295 e ss.

²⁶ Analogamente Cass., Sez. Un., 12 dicembre 2014, n. 26242 e 26243, in *Giust. civ. mass.*, 2014.

5. I limiti alla declaratoria d'ufficio della nullità parziale della fideiussione *omnibus* a valle

La giurisprudenza dell'Arbitro non affronta, perché a quanto consta non investita della questione, il tema consequenziale dell'integrazione del contratto di fideiussione *omnibus* all'esito della declaratoria di nullità parziale delle clausole incriminate.

La questione, com'è evidente, non è affatto marginale per le conseguenze che comporta.

In proposito, già prima dell'arresto delle Sezioni Unite, evidenziavo che il contenuto del contratto, all'esito della declaratoria di nullità parziale, dovrà trovare automatica integrazione nelle norme dispositive derogate dalle clausole in questione²⁷. E, perciò, negli artt. 1939, 1945, 1957 c.c. che andranno ad integrare il contenuto del contratto ristabilendo quel punto di equilibrio indicato dal legislatore nella contrapposizione degli interessi in gioco, pregiudicato dall'uso distorto, o, se si vuole, abusivo dell'autonomia privata concretatosi nell'aver prestato adesione e/o comunque usufruito dell'intesa illegittima.

L'integrazione dispositiva potrebbe comportare anche significative ricadute immediate in favore del fideiussore laddove, ad esempio, ripristinatasi la regola contenuta nell'art. 1957 c.c. all'esito della declaratoria della nullità della clausola che ad essa deroghi, si accerti che la banca, confidando proprio sulla validità della clausola in deroga a detto articolo, sia decaduta da ogni diritto nei confronti del fideiussore in quanto sia rimasta inerte non coltivando giudizialmente e tempestivamente la propria pretesa creditoria nei confronti del debitore principale a fare data dalla scadenza dell'obbligazione cui questi era tenuto.

Tuttavia evidenziavo, anche, che la conseguenza in questione, invero, trova una rilevante attenuazione nel caso in cui la garanzia prestata in favore della banca non sia riconducibile al tipo fideiussorio quanto piuttosto ad un contratto autonomo di garanzia. Il che è quanto accade pressoché sempre per le fideiussioni *omnibus* di cui si discute. Ed infatti, è noto che la regola di cui all'art. 1957 c.c. si spiega proprio in ragione del connotato di accessorialità che caratterizza la fideiussione, connotato non rinvenibile laddove ci si trovi dinanzi ad una garanzia autonoma.

Non è un caso che la giurisprudenza, in più occasioni, abbia significativamente evidenziato che «In tema di contratto autonomo di garanzia, ove le parti abbiano convenuto che il pagamento debba avvenire “a prima richiesta”, l'eventuale rinvio pattizio alla previsione della clausola di decadenza di cui all'art. 1957, comma 1, c.c., deve intendersi riferito - giusta l'applicazione del criterio ermeneutico previsto dall'art. 1363 c.c. - esclusivamente al termine semestrale indicato dalla predetta disposizione; pertanto, deve ritenersi sufficiente ad evitare la decadenza la semplice proposizione di una richiesta stragiudiziale di pagamento, non essendo necessario che il termine sia osservato mediante la proposizione di una domanda giudiziale, secondo

²⁷ Sia dato rinviare, per maggiori approfondimenti, a MONTICELLI, *Il ruolo ambivalente della norma dispositiva nel contratto*, cit., 28 ss.

la tradizionale esegesi della norma, atteso che, diversamente interpretando, vi sarebbe contraddizione tra le due clausole contrattuali, non potendosi considerare “a prima richiesta” l’adempimento subordinato all’esercizio di un’azione in giudizio»²⁸.

Detto orientamento giurisprudenziale è condivisibile ed, invero, riduce non poco la portata della declaratoria di nullità parziale, secondo quanto sopra detto, della garanzia personale stipulata a valle dell’intesa ritenuta anticoncorrenziale, in violazione dell’art. 2, c. 3, l. 287/1990: ed infatti, nella pratica, le garanzie personali prestate in favore delle banche, secondo il predetto schema ABI, sono tutte “a prima richiesta” e, perciò, senz’altro da ritenersi autonome specie se si tiene conto del più recente approdo ermeneutico della Cassazione secondo cui il carattere autonomo della garanzia per lo più consegue ogni qual volta sia previsto il pagamento a prima richiesta e senza eccezioni²⁹.

²⁸ Cass. civ., sez. III, 26 settembre 2017, n. 22346, in *Giust. civ. mass.*, 2017, in senso contrario vedi, però, Cass., sez. I, 9 agosto 2016, n. 16825, in *Notariato*, 2016, 601; Trib. Monza, sez. I, 23 gennaio 2019, in *Pluris*.

²⁹ Cass., sez. III, 19 febbraio 2019, n. 4717, in *CED Cassazione*, 2019.